



AS CONTROVÉRSIAS DO CRIME DE DESCUMPRIMENTO DE MEDIDAS PROTETIVAS DA LEI MARIA DA PENHA

Samantha Braga Pereira¹
Michele Rocha Cortes Hazar²

Resumo: O artigo objetivou analisar o crime de descumprimento de medidas protetivas de urgência inserido na Lei Maria da Penha. Diante das controvérsias presentes no texto legal, buscou demonstrar a possibilidade de o crime ser abarcado pela Lei de Juizados Especiais Criminais e que a proibição da concessão de fiança policial se mostra inconstitucional por ferir o princípio da igualdade. O artigo foi desenvolvido por meio de pesquisa bibliográfica, na vertente dogmática, de tipo comparativo- dedutivo da investigação jurídica.

Palavras-chave: Descumprimento de medidas protetivas. Lei Maria da penha. Crime de menor potencial ofensivo. Proibição de fiança policial.

THE CONTROVERSIES IN THE CRIME OF BREACHING THE PROTECTIVE MEASURES IN MARIA DA PENHA LAW

Abstract: The article aimed to analyze the crime of breaching the protective measures of Maria da Penha Law. In the face of the controversies present in the legal text, tried to demonstrate that there is a possibility that the Special Criminal Court's Law can cover the crime, and that the prohibition of granting police bail is unconstitutional for violating the principle of equality. The article was developed through bibliographic, dogmatic, comparative-deductive type research.

Keywords: Disobedience of protective measures. Maria da Penha law. Crime of minor offensive potential. Prohibition of police bail.

1 INTRODUÇÃO

A Lei nº 13.641 de 3 de abril de 2018, introduziu à Lei nº 11.340 de 7 de agosto de 2006, tradicionalmente conhecida como Lei “Maria da Penha”, o artigo 24-A, que tipifica como crime o descumprimento de medidas protetivas de urgência previstas na referida lei.

Dentre as previsões do artigo de Lei, exsurtem controvérsias que, além de passíveis de

¹ Mestranda em Direito Público pela Universidade FUMEC, especialista em Direito de Empresa pelo CAD-Centro de Atualização em Direito, advogada atuante nas áreas de direito penal, administrativo, empresarial e sucessório, sócia no escritório Cateb Advogados, Sousa, de Filippi, em Belo Horizonte - MG. Endereço eletrônico: samantha@catebadvogados.com.br

² Mestre em Direito Público pela Universidade FUMEC, especialista em Direito Público pela PUC Minas, advogada.

gerar conflitos quando de sua aplicação, podem suprimir garantias constitucionais.

O artigo 24-A prevê pena de detenção de 3 (três) meses a 2 (dois) anos, permite a prisão em flagrante delito do descumpridor da medida protetiva e proíbe a concessão da liberdade provisória sob fiança pela autoridade policial.

As disposições são controversas porque, em tese, o artigo 24-A é um crime de menor potencial ofensivo, e se assim for tratado, não é cabível a prisão em flagrante elencada no dispositivo.

Ademais, a proibição da concessão de fiança policial ao crime que é apenado com 2 (dois) anos, se mostra em total desconformidade com o artigo 322 do Código de Processo Penal (CPP), que prevê a possibilidade da fiança policial a todos os flagrantes de crimes com pena abstrata máxima de até 4 anos.

Para permitir o desenvolvimento do trabalho, foram conceituados a fiança policial e os crimes de menor potencial ofensivo, e estabelecidas posteriormente as duas questões controvertidas presentes no artigo 24-A, quais sejam: 1- Se o artigo 24-A é um crime de menor potencial ofensivo e se poderá ser abrangido pela Lei de Juizados Especiais. 2- Se a proibição da fiança policial no artigo 24-A é revestida de constitucionalidade ou se viola o direito de igualdade processual ao proibir uma garantia que é dada a outros crimes com penas maiores.

Quanto à possibilidade de se tratar de um crime de menor potencial ofensivo, foram elencadas as razões, consequências e possíveis soluções através da alteração da legislação, forma essa que acabaria com a controvérsia e impediria a aplicação da Lei de Juizados Especiais.

Quanto a proibição da fiança policial, utilizou o dispositivo do artigo 322 do CPP como norma que dá garantia de tratamento isonômico a todos os acusados de crimes com pena de até 4 (quatro) anos, e embasando-se no artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil e na lição entabulada por Antônio Scarance Fernandes, que entende a igualdade como “igualdade jurídica ou processual”, em que há “exigência de um mesmo tratamento aos que encontrem na mesma posição jurídica do processo” (FERNANDES, p.54, 2012), analisou e sopesou a proibição da fiança policial disposta no artigo 24-A da Lei “Maria da Penha” com o princípio constitucional, concluindo pela necessidade de superação da proibição face à prevalência do princípio sobre a regra.



Na presente investigação, foi realizada pesquisa bibliográfica, de cunho dogmático, com análise de normas, textos doutrinários e de artigos através de método comparativo-dedutivo.

2 A FIANÇA POLICIAL

A fiança é uma dentre outras medidas cautelares diversas da prisão previstas no Código de Processo Penal (CPP), e permite ao preso em flagrante que aguarde o desfecho do inquérito ou da ação penal em liberdade provisória:

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

[...]

VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;

[...]

§ 4º A fiança será aplicada de acordo com as disposições do Capítulo VI deste Título, podendo ser cumulada com outras medidas cautelares.

Art. 330. A fiança, que será sempre definitiva, consistirá em depósito de dinheiro, pedras, objetos ou metais preciosos, títulos da dívida pública, federal, estadual ou municipal, ou em hipoteca inscrita em primeiro lugar. [...] (BRASIL, 1941)

Trata-se de medida presente e garantida na Constituição da República Federativa do Brasil através do artigo 5º, inciso LXVI:

Art. 5º [...]

LXVI - ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança; [...] (BRASIL, 1988)

Consiste a fiança em um depósito, geralmente em dinheiro, que cauciona, junto a outras medidas cautelares que podem ser aplicadas, a liberdade provisória do flagrantado.

Trata-se, em regra, de uma liberdade com sujeição do acusado a deveres, de maior ou menor intensidade, que, se descumpridos, podem fazer cessar o estado de liberdade, vindo a ser determinada a prisão (FERNANDES, p. 311, 2012).

A medida cautelar de fiança é uma imposição ao acusado, para que fique ou permaneça livre, de pagamento de determinada importância em dinheiro e outros deveres processuais (FERNANDES, p. 316, 2012).

O flagrante está disposto no artigo 302 do CPP, que elenca 4 (quatro) situações de flagrância: 1- O fato de alguém estar cometendo uma infração penal (inciso I), 2- O fato de ter acabado de cometer a infração (inciso II) 3- O fato de ser perseguido, logo após, pela

autoridade, ofendido, ou qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração (inciso III), e finalmente 4- O fato de ser encontrado logo depois, com objetos, instrumentos, papéis ou armas que façam presumir ser a pessoa autora da infração (inciso IV).

A competência para analisar a configuração do flagrante, foi transmitida pelo artigo 304 do CPP, ao delegado de polícia, que após receber e ouvir o preso e eventuais testemunhas, forma sua convicção quanto autoria e materialidade do crime e decide pelo encaminhamento à prisão ou não.

Cabe ao delegado, dentro de 24 (vinte e quatro) horas seguintes à prisão, informar sobre a prisão à autoridade judicial competente:

Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada.

§ 1º Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública. (BRASIL, 1941)

Assim, dentro dessas 24 (vinte e quatro) horas, e se realizada a prisão, a autoridade policial verifica a partir da pena do crime que entende tenha sido praticado, se existe a possibilidade de conceder a liberdade provisória imediata ao preso, mediante o pagamento de fiança policial.

A competência policial para a concessão da fiança é ditada pelo artigo 322 do CPP:

Art. 322. A autoridade policial somente poderá conceder fiança nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a 4 (quatro) anos. (BRASIL, 1941)

Compreende-se de tal forma, que a fiança policial é uma medida cautelar que garante a liberdade provisória da pessoa acusada de crime, e que pode ser concedida pelo delegado de polícia em todos os flagrantes de crimes com pena de até 4 (quatro) anos, imediatamente após a lavratura do Auto de Prisão em Flagrante Deito (APFD) e sem a necessidade de qualquer outorga do juiz.

Nos casos em que não se permite a fiança policial, a decisão será de competência exclusiva do juiz, que poderá decidir sobre a liberdade do flagrantado com fiança ou sem, em até 48 (quarenta e oito) horas após recebimento do APFD, conforme dispõe o parágrafo único do artigo 322, do CPP:

Art. 322.
[...]



Parágrafo único. Nos demais casos, a fiança será requerida ao juiz, que decidirá em 48 (quarenta e oito) horas. (BRASIL, 1941)

Nesse cenário, por certo mais gravoso, o preso poderá ficar 48 (quarenta e oito) horas preso, ou mais, aguardando a decisão da autoridade judicial quanto a sua liberdade provisória.

A decisão judicial será tomada com fulcro no artigo 310 do CPP, e poderá ser de concessão de liberdade com fiança, sem fiança, relaxamento da prisão quando tiver sido ilegal, ou de conversão do flagrante em prisão preventiva, situação em que a pessoa não será solta:

Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente:

I - relaxar a prisão ilegal; ou

II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou

III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do caput do art. 23 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação. (BRASIL, 1941)

Ressalte-se que apesar da disposição de 48 (quarenta e oito) horas prevista em lei para a decisão judicial a respeito da liberação ou não do flagrantado, não existem garantias na prática de que o preso será solto sob fiança ou não nesse prazo, considerado o elevado número de processos no judiciário brasileiro.³

Em comarcas de algumas capitais do país, em que já foram implantadas audiências de custódia⁴, os presos são pessoalmente encaminhados ao juiz, que decide sobre a liberdade, e geralmente as audiências ocorrem até o dia seguinte à prisão.

³ O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) divulgou em relatório de 2017, que em 2016, cerca de 3 milhões de novos casos criminais ingressaram na Justiça, sendo que quase 2 milhões (63%) na fase de conhecimento (1º grau); 444 mil (15%) processos na fase de execução penal; 18 mil (0,6%) nas turmas recursais; cerca de 555 mil processos (18,7%) no 2º grau e 81 mil (2,7%) nos tribunais superiores. Os processos criminais representaram, em 2016, 10% das ações ingressadas no Poder Judiciário e 14% das ações da Justiça estadual. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85352-processos-criminais-representam-14-das-acoes-na-justica-estadual>> Acesso em 9, jul. 2018.

⁴ As audiências de custódia foram criadas pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em 2015, e consistem na apresentação do preso em flagrante delito perante um juiz de Direito, com o objetivo de garantir maior agilidade na apreciação sobre a liberdade do preso. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia>> Acesso em 8, jul. 2018.

Porém, nos locais onde não há audiência de custódia, diante do elevado número de processos, as decisões não são proferidas nas exatas 48 (quarenta e oito) horas, o que faz com que pessoas presas em flagrante e sem direito a fiança policial, fiquem presas de forma ilegal, até que se decrete a liberdade provisória, ou se converta o flagrante em prisão preventiva.

3 OS CRIMES DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO

Os crimes de menor potencial ofensivo são tratados pela Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995 (Lei dos Juizados Especiais) a partir do artigo 60.

Conforme a referida Lei, são infrações de menor potencial ofensivo as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa (BRASIL, 1995).

Assim, para que se configure como crime de menor potencial, basta ao tipo penal a previsão de pena abstrata de até 2 (dois) anos, não sendo avaliados os demais elementos do crime.

O tratamento dado aos crimes de menor potencial ofensivo é diverso e mais benéfico em relação ao dado aos demais crimes, possuindo procedimento específico, realizado pelos Juizados Especiais Criminais, com base em critérios que objetivam simplificar os processos, reparar os danos das vítimas e reduzir a aplicação de pena restritiva de liberdade:

Art. 62. O processo perante o Juizado Especial orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, objetivando, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade.

Sem aprofundar no procedimento dos Juizados Criminais, interessa para o trabalho averiguar as principais benesses que os acusados possuem nos processos sob o âmbito da Lei 9.099/95.

Encontra-se elencado no artigo 69, um dos principais benefícios, que é a não imposição da prisão em flagrante ou de exigência de pagamento de fiança ao acusado de crime de menor potencial:

Art. 69. A autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência lavrará termo circunstanciado e o encaminhará imediatamente ao Juizado, com o autor do fato e a vítima, providenciando-se as requisições dos exames periciais necessários.

Parágrafo único. Ao autor do fato que, após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança. Em caso de violência doméstica, o juiz poderá determinar, como medida de cautela, seu afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a vítima. (BRASIL, 1995)



É realizado, ao invés do flagrante, um termo circunstanciado de ocorrência, e designada uma audiência preliminar.

A audiência trata-se de fase pré-processual, uma vez que não há denúncia ou queixa ofertada, nem mesmo recebida, logo inexistente processo criminal (NUCCI, p. 446, 2012).

A ideia dessa audiência é atingir a conciliação entre acusado e vítima, ou se possível, a composição dos danos civis, que é uma reparação de cunho pecuniário.

Não alcançadas a conciliação ou composição, é possível ao acusado, em caso de realização de denúncia, e antes mesmo da análise dessa acusação pelo juiz, aceitar o benefício da transação, disposto no artigo 76:

Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.

§ 1º Nas hipóteses de ser a pena de multa a única aplicável, o Juiz poderá reduzi-la até a metade.

§ 2º Não se admitirá a proposta se ficar comprovado:

I - ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva;

II - ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo;

III - não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida.

§ 3º Aceita a proposta pelo autor da infração e seu defensor, será submetida à apreciação do Juiz.

§ 4º Acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o Juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos.

§ 5º Da sentença prevista no parágrafo anterior caberá a apelação referida no art. 82 desta Lei.

§ 6º A imposição da sanção de que trata o § 4º deste artigo não constará de certidão de antecedentes criminais, salvo para os fins previstos no mesmo dispositivo, e não terá efeitos civis, cabendo aos interessados propor ação cabível no juízo cível. (BRASIL, 1995)

A transação trata-se de um acordo entre o órgão acusatório e o autor do fato, visando à imposição de pena de multa ou restritiva de direito, imediatamente, sem a necessidade do devido processo legal, evitando a discussão de culpa e dos males trazidos (NUCCI, p. 450, 2012).

Aceita a proposta de transação, o acusado, além de não sofrer pena privativa de liberdade, e de não assumir a culpa pelo delito, não terá registrado qualquer antecedente criminal.

No entanto, ainda que não aceite a transação, será cabível outra medida despenalizadora, porém agora, após iniciado o processo.

Trata-se da suspensão condicional do processo, cabível aos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a 1 (um) ano, abrangidas ou não pela Lei 9.099/95:

Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

§ 1º Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições:

I - reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo;

II - proibição de freqüentar determinados lugares;

III - proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz;

IV - comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

§ 2º O Juiz poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado.

§ 3º A suspensão será revogada se, no curso do prazo, o beneficiário vier a ser processado por outro crime ou não efetuar, sem motivo justificado, a reparação do dano.

§ 4º A suspensão poderá ser revogada se o acusado vier a ser processado, no curso do prazo, por contravenção, ou descumprir qualquer outra condição imposta.

§ 5º Expirado o prazo sem revogação, o Juiz declarará extinta a punibilidade.

§ 6º Não correrá a prescrição durante o prazo de suspensão do processo.

§ 7º Se o acusado não aceitar a proposta prevista neste artigo, o processo prosseguirá em seus ulteriores termos.

Destaque-se que os dispositivos da Lei 9.099/95, só não se aplicam aos crimes militares e aos cometidos com violência doméstica, por força dos artigos 90-A da referida Lei e 41 da Lei 11.340/2006.

De tal forma, conclui-se que a todos os demais crimes do ordenamento jurídico apenados abstratamente em até 2 (dois) anos, serão cabíveis os benefícios previstos pela Lei de Juizados Especiais Criminais aqui destacados.



4 AS QUESTÕES CONTROVERSAS DO ARTIGO 24-A DA LEI “MARIA DA PENHA”: CRIME DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO E PROIBIÇÃO DE FIANÇA POLICIAL

O artigo 24-A da Lei 11.340/2006 foi introduzido pela Lei nº 13.641/2018, e traz o crime de descumprimento de medidas protetivas:

Do Crime de Descumprimento de Medidas Protetivas de Urgência

Descumprimento de Medidas Protetivas de Urgência

Art. 24-A. Descumprir decisão judicial que defere medidas protetivas de urgência previstas nesta Lei:

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos.

§ 1º A configuração do crime independe da competência civil ou criminal do juiz que deferiu as medidas.

§ 2º Na hipótese de prisão em flagrante, apenas a autoridade judicial poderá conceder fiança.

§ 3º O disposto neste artigo não exclui a aplicação de outras sanções cabíveis. (BRASIL, 2006)

O crime foi criado na tentativa de dar eficácia à uma punição mais severa àqueles que descumprem as ordens de medida protetiva de urgência.

Esta foi a justificativa apresentada ao projeto de Lei 173/2015, que resultou na criação do artigo 24-A:

Este projeto se destina a dirimir controvérsia instalada no sistema de Justiça acerca da tipicidade da desobediência na hipótese de descumprimento das medidas protetivas estabelecidas no artigo 22 da Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha). As medidas protetivas estabelecidas no supracitado dispositivo integram o sistema de proteção estabelecido pela Lei Maria da Penha, visando contribuir para a efetivação dos direitos humanos das mulheres. As sucessivas interpretações jurisprudenciais acerca da configuração ou não do crime de desobediência em caso de descumprimento da ordem judicial emanada em medidas protetivas da Lei Maria da Penha resultaram em interpretações divergentes entre os Tribunais Estaduais. Atualmente, por meio de decisões monocráticas de Ministros de ambas as Turmas Criminais do Superior Tribunal de Justiça, consolidou-se o entendimento no sentido da atipicidade. Entretanto, o posicionamento jurídico consolidado é incompatível com o espírito da Lei Maria da Penha, cujo propósito é ampliar e não restringir as hipóteses protetivas. Desse modo, a adequação legislativa é compromisso assumido pelo Brasil, por ocasião da Convenção de Belém do Pará (Decreto 1973, de 01/08/1996), que dispõe em seu artigo 7º, alínea “e”:

(...) O entendimento do Superior Tribunal de Justiça respalda-se na existência de sanções específicas de natureza civil, no caso a multa prevista no §4º do artigo 22 da Lei Maria da Penha; de natureza administrativa, no caso o auxílio de força policial, prevista no §3º do mesmo dispositivo e de natureza penal, no caso a prisão preventiva, prevista no artigo 313, III, do Código de Processo Penal. (BRASIL, 2015)

Pois bem, antes da nova tipificação, havia o entendimento de que o descumprimento das medidas conduziria ao crime de desobediência, previsto pelo artigo 330 do Código Penal.

No entanto, o Superior Tribunal de Justiça, em reiteradas decisões, deixou claro seu entendimento pela atipicidade da conduta, diante da existência de previsões expressas na Lei Maria da Penha e no CPP, para punir os descumpridores das medidas protetivas, consistentes na aplicação de multa (art. 22 § 4º da lei 11.340/06 c/c art.537 do CPC) e na decretação de prisão preventiva (artigos 312 e 313, III, do CPP):

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL. CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. DESCUMPRIMENTO DE MEDIDA PROTETIVA DE URGÊNCIA PREVISTA NA LEI MARIA DA PENHA. COMINAÇÃO DE PENA PECUNIÁRIA OU POSSIBILIDADE DE DECRETAÇÃO DE PRISÃO PREVENTIVA. INEXISTÊNCIA DE CRIME.

1. A previsão em lei de penalidade administrativa ou civil para a hipótese de desobediência à ordem legal afasta o crime previsto no art. 330 do Código Penal, salvo a ressalva expressa de cumulação (doutrina e jurisprudência).
2. Tendo sido cominada, com fulcro no art. 22, § 4º, da Lei n. 11.340/2006, sanção pecuniária para o caso de inexecução de medida protetiva de urgência, o descumprimento não enseja a prática do crime de desobediência.
3. Há exclusão do crime do art. 330 do Código Penal também em caso de previsão em lei de sanção de natureza processual penal (doutrina e jurisprudência). Dessa forma, se o caso admitir a decretação da prisão preventiva com base no art. 313, III, do Código de Processo Penal, não há falar na prática do referido crime.
4. Recurso especial provido. (BRASIL, 2014)

Assim, com a intenção de tipificar como crime a desobediência das medidas protetivas, criou-se o crime de descumprimento de medidas protetivas de urgência.

O crime do artigo 24-A, configura-se pela desobediência dolosa da ordem judicial, seja do juízo cível ou criminal, que determinou as medidas protetivas de urgência.

O dolo se configura se o descumpridor tiver sido intimado das medidas protetivas.

O tipo penal tem como sujeito ativo o agressor a quem foi determinado o cumprimento das medidas, podendo ser homem ou mulher, e como sujeito passivo o Estado, e não a vítima de violência doméstica, uma vez que o que se descumpre é uma ordem judicial, não se tratando de um crime de violência doméstica.

Até então, numa análise jurídico-comparativa, não se verifica nenhum colapso de tais disposições com princípios constitucionais ou com a legislação vigente.

No entanto, ao se verificar que o crime estabelece pena de 3 (três) meses a 2 (dois) anos de detenção, com possibilidade de prisão em flagrante e ainda com a proibição da fiança



policial, só podendo o preso ser colocado em liberdade sob fiança ou outra medida cautelar perante um juiz, encontram-se controvérsias das quais não se pode arrear sem melhor análise.

Ora, foi compreendido nos títulos anteriores sobre fiança policial e crimes de menor potencial ofensivo, que cabe fiança policial a todo crime em que a pena máxima prevista seja de até 4 (quatro) anos, bem como que os crimes de menor potencial ofensivo são todos aqueles de pena máxima de até 2 (dois) anos, não cabendo a prisão nem a fiança a eles, excetuados por Lei apenas os crimes cometidos com violência doméstica e os crimes militares.

Então, pode o artigo 24-A, mesmo com pena máxima de 2 (dois) anos, não ser tratado como crime de menor potencial ofensivo? E mais, pode ser proibida a fiança policial a um crime que possui pena máxima inferior a 4 (quatro) anos?

É o que se busca responder a seguir.

Como já referido, a dicção do artigo 61 da Lei 9.099/95, traz como crimes de menor potencial ofensivo todas as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa (BRASIL, 1995).

A Lei 11.340/06 só não permite a vinculação dos crimes praticados com violência doméstica à lei 9.099/95:

Art. 41. Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei no 9.099, de 26 de setembro de 1995. (BRASIL, 2006)

Segundo a Lei Maria da Penha, a violência doméstica consiste em condutas omissivas ou comissivas que causem morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial (BRASIL, 2006).

O crime do artigo 24-A é de desobediência das condutas dispostas no artigo 22, da Lei 11.340/06:

Art. 22. Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras:

I - suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei no 10.826, de 22 de dezembro de 2003;

II - afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida;

III - proibição de determinadas condutas, entre as quais:

- a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor;
- b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação;
- c) freqüentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida;

IV - restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar;

V - prestação de alimentos provisionais ou provisórios. (BRASIL, 2006)

Assim, a desobediência das condutas descritas não configura necessariamente a violência, mas tão somente o desrespeito a uma ordem da autoridade que as proferiu.

O art. 24-A pode ser praticado sem externar qualquer modo de violência ou grave ameaça contra a mulher, excluindo a aplicabilidade do art. 41 da Lei 11.340/06 (LEITÃO JÚNIOR; SILVA, 2018).

O crime é inspirado no artigo 330 do Código Penal, tendo como sujeito passivo o Estado e não a vítima para quem foram deferidas as medidas.

Não se pode deduzir que descumprir a ordem judicial das medidas protetivas é um ato de violência direta contra a vítima.

Ocorrendo ato de violência doméstica, cumulado ao descumprimento das medidas, é cabível a decretação de prisão preventiva do agressor, conforme previsão preexistente no artigo 313, III, do CPP, e por óbvio, a denúncia pelo crime correspondente à essa violência:

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: [...]

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência; [...]

Feita a análise, pode-se aferir interpretação de que o descumprimento de medida protetiva não se trata de prática de violência doméstica.

Neste sentido, diante da inexistência de disposição legal expressa em contrário e não se tratando o artigo 24-A de crime em que ocorre a violência doméstica, pode-se afirmar que o descumprimento das medidas protetivas é crime de menor potencial, cenário em que além de não cabível a prisão em flagrante, serão permitidas a transação, suspensão condicional do processo e demais medidas despenalizadoras previstas no âmbito dos Juizados Especiais Criminais.



Apesar de ser correta a intenção do legislador de dar maior efetividade à proteção da vítima de violência doméstica nos casos em que são descumpridas as medidas, a falta de determinação legal clara e precisa torna a inclusão do crime de descumprimento ineficaz em relação ao que se pretendeu alcançar.

Assim, propõe como hipótese, face à constatação de possibilidade de tratamento do artigo 24-A como crime abrangido pela Lei 9.099/95, a alteração da Lei 11.340/06, para dispor no artigo 41, que o artigo 24-A fica excluído do rol de aplicação da Lei de Juizados Especiais, ou para majorar a pena máxima do artigo 24-A, para uma pena superior a 2 (dois) anos.

Finalizada essa compreensão, passa à segunda e não menos controversa questão que se pretende responder, que vige na norma imposta no §2º, do artigo 24-A, proibindo a fiança policial nos casos de prisão em flagrante delito do descumpridor de medidas protetivas.

Primeiramente, conforme esclarecido na primeira questão, sendo o crime do artigo 24-A tipo penal abrangido pela Lei 9.099/95, nem haveria que se falar em prisão em flagrante do acusado de descumprimento das medidas protetivas.

Mas para que seja possível analisar isoladamente o dispositivo que proíbe a fiança policial, desconsidera-se o primeiro tema e passa-se a seu questionamento como se possível fosse o flagrante no crime de descumprimento de medidas protetivas.

A pergunta que se busca responder agora é: Pode ser excepcionado o direito à fiança policial concedido pela norma do artigo 322 do CPP, a todo crime de pena abstrata máxima de até 4 (quatro) anos, num crime que dispõe uma pena máxima de 2 (dois) anos?

Sabe-se que a regra do artigo 322 do CPP exprime a norma de que todo crime pode ser afiançado pelo delegado de polícia, desde que a pena abstrata prevista não passe de 4 (quatro) anos.

Já a regra do artigo 24-A, exprime a norma de que aquele crime, com pena máxima de 2 (anos) não poderá ser concedida fiança policial.

Há um conflito entre essas duas regras, uma vez que uma determina o que a outra proíbe.

Em primeiro momento parece simples a solução do conflito entre essas regras.

Bastaria usar o princípio da especialidade penal, para se dizer que a norma especial, no caso a mais nova, do § 2º do artigo 24-A, afasta a norma do artigo 322, validando a proibição da fiança policial nos casos de descumprimento de medidas protetivas.

Segundo Rogério Greco, “a norma especial afasta a aplicação da norma geral. É a regra expressa pelo brocado *lex specialis derogat generali*” (GRECO, p. 27, 2010).

Seguindo essa ideia, a norma que proíbe a fiança policial pode parecer prevalecer sobre a norma do artigo 322 do CPP, permanecendo as duas regras válidas e conviventes, sendo uma a exceção da outra.

No entanto, outros fatores que permeiam as duas normas devem ser analisados e ponderados, antes de uma conclusão pela validade do §2º do artigo 24-A.

Assim, considerando que a todos os demais crimes da legislação penal vigente, inclusive os de pena muito mais grave, como o de furto simples (artigo 155 do Código Penal) com pena abstrata máxima de 4 (quatro) anos, e de receptação (artigo 180 do Código Penal), também com pena abstrata máxima de 4 (quatro) anos, ou até mesmo crimes praticados com violência física, como o de lesão corporal (artigo 129 do Código Penal) com pena de 01 (um) ano, cabe a concessão de liberdade provisória mediante fiança policial, a norma inserida no §2º verifica-se injusta, provocando a desigualdade no tratamento da pessoa reclusa e a desproporcionalidade da proibição.

Permitir tratar um acusado/flagranteado por um crime com pena compatível com a fiança policial de forma desigual e mais gravosa, ao passo que todos os outros acusados de crimes diversos com penas maiores terão um tratamento mais benéfico, podendo sair em liberdade provisória sob fiança policial logo após o flagrante, fere o direito à igualdade.

A igualdade não é apenas uma aspiração, mas um princípio que atua e vige de forma normativa.

É a igualdade uma exigência de mesmo tratamento aos que se encontrem na mesma posição jurídica no processo (FERNANDES, p. 54, 2012).

A igualdade é garantia prevista na CRFB, artigo 5º caput, e dispõe que “todos são iguais sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes” (BRASIL, 1988).



Todos os que ostentam a posição de acusado devem ser tratados igualmente, só se justificando tratamento diferenciado em virtude de peculiaridades especiais (FERNANDES, p. 54, 2012).

A presença da igualdade pode ser aferida numa norma a partir da verificação da existência ou não de uma razão suficiente para a permissão de um tratamento desigual (ALEXY, P. 410, 2015).

No caso em tela, não há fundamento que justifique a prevalência da norma (proibição de fiança policial) que impede que se dê um tratamento equânime (dado pela norma do artigo 322 do CPP) a um crime cuja reprimenda escolhida pelo próprio legislador é de menor potencial, pois retira totalmente a condição de igualdade no tratamento processual.

A razão da norma, que se traduz neste caso pela finalidade de dar mais proteção às vítimas de violência doméstica e maior reprimenda ao agressor, é louvável, mas não comporta motivação suficiente para excluir o direito à igualdade na concessão de fiança policial.

Penalizar o menos com mais, não é justo, razoável ou proporcional.

Neste sentido, para solução do conflito, propõe que a norma do §2º pode sofrer ponderação.

Através da ponderação, pode ser feito sopesamento entre a regra do §2º do artigo 24-A com o princípio da igualdade, que é uma garantia constitucional e processual (art. 5º da CFRB e artigo 322 do CPP).

É preciso ressaltar que o termo “ponderação” é utilizado neste trabalho em um sentido amplo, como sopesamento entre razões e contrarrazões (ÁVILA, p. 81, 2018).

Para Humberto Ávila, a ponderação não é método privativo de aplicação dos princípios, mas critério de aplicação de qualquer norma (ÁVILA, p. 81, 2018).

Através da ponderação, pode-se então analisar a possibilidade de superação ou invalidação de uma regra:

[...] as regras possuem uma rigidez maior, na medida em que a sua superação só é admissível se houver razões suficientemente fortes para tanto, quer na própria finalidade subjacente à regra, quer nos princípios superiores a ela. Daí porque as regras só podem ser superadas (defeasibility of rules) se houver razões extraordinárias para isso, cuja avaliação perpassa o postulado da razoabilidade[...]. (ÁVILA, p.129, 2018)

Feita avaliação de forma ponderativa, usando as razões e contrarrazões expostas, pode-se concluir que a regra do §2º do artigo 24-A deve ser retirada do ordenamento jurídico, pois macula o princípio da igualdade ao dar um tratamento injustificadamente mais gravoso aos acusados de um crime cuja pena prevista é pequena e admite um tratamento mais benéfico por outra regra vigente (artigo 322 do CPP).

Ressalta-se que mesmo com a invalidação do parágrafo ponderado, continuará existente e vigente o crime de descumprimento das medidas protetivas e não restará excluída por completo a finalidade do legislador, uma vez que o acusado responderá pelo crime e como já ressaltado, poderá ter sua prisão preventiva decretada em razão do descumprimento das medidas protetivas.

5 CONCLUSÃO

A inclusão do crime do artigo 24-A à Lei Maria da Penha buscou trazer reprimenda mais severa a quem descumpra as medidas protetivas de urgência da referida Lei.

No entanto, as disposições do crime são controversas e não permitem a eficácia pretendida pelo legislador.

O tipo penal tem previsão de pena abstrata máxima de 2 (dois) anos, não tem condutas que sejam consideradas violência doméstica, determina a prisão em flagrante do acusado e proíbe a concessão de fiança pelo delegado de polícia.

A partir da análise do crime do artigo 24-A percebeu-se que poderá ser caracterizado como crime abrangido pela Lei 9.099/95, uma vez que se encaixa no conceito de crime de menor potencial em razão da previsão de pena não ser superior a 2 (dois) anos e já que o artigo 41 da Lei 11.340/06 só impede a aplicação da Lei 9.099/95 aos crimes praticados com violência doméstica.

Assim caracterizado, caiu por terra a disposição que permite a prisão em flagrante, por ser incompatível com a Lei 9.099/95 e por considerar possível estender ao acusado de crime do artigo 24-A todas as medidas despenalizadoras previstas na Lei de Juizados Especiais.

Foi apresentada como hipótese a alteração da Lei 11.340/06 no sentido de majorar a pena abstrata do crime ou para dispor no artigo 41 sobre a exclusão do artigo 24-A do âmbito de aplicação da Lei 9.099/95.



Quanto a proibição da fiança policial disposta no §2º, foi verificado que a norma é conflitante com o artigo 322 do CPP, porque a regra processual penal permite a concessão da fiança pela autoridade judicial a todos os crimes de pena abstrata máxima de 4 (quatro) anos, ao passo que a norma do artigo 24-A proíbe o mesmo direito a um crime de pena de 2 (dois) anos.

Com isso, identificado que a proibição da fiança policial fere o direito a igualdade e é desproporcional ao punir o menos com mais, foi realizado o sopesamento entre a regra do §2º e o princípio da igualdade, estabelecendo ao final da ponderação a prevalência do princípio sobre a regra e concluindo pela necessidade de retirada do parágrafo inconstitucional e desproporcional do ordenamento jurídico.

A Lei Maria da Penha (artigo 22, §4º) e o Código de Processo Penal (artigo 313, III) já dispunham de meios eficazes à promoção da proteção da vítima de violência doméstica, sem suprimir garantias constitucionais dos acusados.

Criar um novo tipo penal com a finalidade de aumentar a proteção das vítimas de violência doméstica é possível e legal, mas não exclui o dever do legislador de o fazer com observância das garantias constitucionais do acusado.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2015.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2018.

BRASIL. **Constituição de 1988**. Constituição da Republica Federativa do Brasil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm > Acesso em 21, jun. 2018

BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689Compilado.htm > Acesso em 26 jun. 2018.

BRASIL. **Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal,



da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em:

< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm> Acesso em: 21 jun.2018.

BRASIL. **Lei nº 13.641, de 03 de abril de 2018.** Altera a Lei no 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), para tipificar o crime de descumprimento de medidas protetivas de urgência. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13641.htm> Acesso em 21, jun.2018.

BRASIL. **Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995.** Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm> Acesso em 12, jul.2018.

BRASIL. **Projeto de Lei n.º173 de 2015.** Tipifica o crime de descumprimento de medidas protetivas da Lei 11.340, de 07 de agosto de 2006 - Lei Maria da Penha. Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=945767>> Acesso em 6, jul.2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.374.653.** Relator: Sebastião Reis Júnior. Publicado no Diário Oficial em 02/04/2014. Disponível em: <

<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201301057180&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>> Acesso em 8, jul.2018.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal, Parte Geral.** Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

LEITÃO JÚNIOR, Joaquim; SILVA, Raphael Zanon da. **A Lei nº 13.641/2018 e o novo crime de desobediência de medidas protetivas.** Disponível em:

<<https://canalcienciascriminais.com.br/desobediencia-medidas-protetivas/>> Acesso em 10, jul.2018.